Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

frühern Pfandgläubiger abgefunden hat. — Daß nur allein alsdann ein Recht vorhanden ſey, wenn man ohne Weiteres ſogleich alle darin liegenden Befugniſſe ausüben kann: dies wird wohl Niemand ernſtlich behaupten wollen.

Allerdings kann es vorkommen, daß der ſpätere Pfandgläubiger die verpfändete Sache ohne Abfindung des frühern aus Irrthum zur Veräußerung bringt. Daß hier, wenn der frühere ſich nicht meldet, die Veräußerung, obſchon ſie an ſich ungiltig iſt, dennoch ihre Wirkung äußert: dies kann hier ſo wenig in Betrachtung kommen, wie Das, daß auch die von einem Nicht-Eigenthümer vorgenommenen Veräußerungen Wirkſamkeit äußern, wenn ſich der Eigenthümer ruhig verhält. So wenig übrigens aus dem letzten Umſtande gefolgert werden kann, daß dem Nicht-Eigenthümer die Veräußerungsbefugniß zuſtehe, ſo wenig läßt ſich aus dem erſten folgern, daß der ſpätere Pfandgläubiger dieſe Befugniß habe.

VIII.

Von dem Verzichte auf Rechtsmittel.

Vom

Großh. Miniſterialrath Herrn Dr. J. Linde zu Darmſtadt.

(Schluß der im XIV. Bd. 1. H. abgebr. Abhandl.)

§. 12.

Grundſätze über die Auslegung des Verzichts, rückſichtlich des Umfangs.

Die Gründe, welche für die rechtliche Zuläſſigkeit des Verzichts auf die Appellation ſprechen, rechtfertigen auch die Zuläſſigkeit eines Verzichts auf andere Rechtsmittel, wenn gleich

die Geſetze hauptſächlich nur den Verzicht auf die Appellation, als dem gewöhnlichen Rechtsmittel gegen richterliche Verfügungen, zum Gegenſtande genommen haben. Daneben kommt gleichwohl eine Reihe von Beſtimmungen über den Verzicht auf den Proceß überhaupt vor [1], ſo wie ohnehin bei jedem Rechtsmittel, für deſſen Gebrauch Zeiträume vorgeſchrieben ſind, auch nothwendig die Grundſätze über den fingirten Verzicht zur Anwendung gebracht wurden. Auch finden über die Vorausſetzungen und Folgen des Verzichts, bei allen Rechtsmitteln dieſelben Grundſätze Statt.

Der Verzicht kann aber immer nur von den im Verzichte ausgedrückten Rechtsmitteln verſtanden werden, ſo daß derjenige, der blos auf ein beſtimmtes Rechtsmittel verzichtete, noch zu allen übrigen, inſofern ſie zuſtändig ſind, greifen kann. Leiſtet Jemand in allgemeinern Ausdrücken Verzicht auf Rechtsmittel, ſo iſt zu unterſcheiden, ob dieſes vor oder nach bereits ergriffenem Rechtsmittel geſchah. Im erſten Falle iſt im Zweifel der Verzicht immer nur von den ordentlichen Rechtsmitteln zu verſtehen, und im zweiten nur von dem bereits eingelegten [2]. Wer alſo zwei Rechtsmittel, mit Vorbehalt der Wahl, eingelegt hat, und auf das eine verzichtet, darf deshalb das andere noch verfolgen, wenn nicht ein beſonderer Grund hinzutritt, aus welchem auch dieſes verloren geht, z. B. Deſertion oder gleichfalls Verzicht. Desgleichen kann, wer auf die eingelegte Appellation verzichtete, innerhalb der geſetzlichen Zeit doch noch Reviſion-Läuterung, Supplication, oder außerordentliche Rechtsmittel, Syndicatsklage ergreifen [3], und wenn eine Parthei zwei Rechtsmittel cumulirt hätte, z. B. Appellation und Nichtigkeitsbeſchwerden [4],

1) Linde Lehrb. des Civilproc. §. 232.
2) Gönner Handb. d. d. gem. Proc. III. 57. S. 31. 32.
3) Schweder l. c. S. 23 — 25. G. L. Boehmer l. c. §. 18.
4) Welche Cumulation, bei alternativem Gebrauche, Vorſchrift iſt. C. G. O. v. 1555. III. 34. §. 1.

ſo würde, wenn beide wirklich als ſelbſtſtändige Rechtsmittel behandelt worden wären, der Verzicht auf das eine Rechtsmittel nicht auch einen Verzicht auf das andere involviren. Zwar hat man behauptet, daß, wenn die Nichtigkeitsbeſchwerde incidenter mit der Appellation verhandelt werde, ſie als Acceſſorium der Appellation betrachtet, und mit dem Verzichte auf dieſe gleichfalls als aufgegeben angeſehen werden müſſe [5]), und räumt dann aber dem Verzichtenden noch das Recht ein, die Nichtigkeitsbeſchwerde nochmals principaliter anzuſtellen [6]). Allein der erſte Theil dieſer Behauptung beruht auf der, freilich ſehr verbreiteten, aber, wie es mir ſcheint, dennoch unrichtigen Vorausſetzung, daß die Reichsgeſetze das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde wegen heilbarer Nichtigkeiten nicht mehr als ſelbſtſtändiges Rechtsmittel anerkennen [7]); während die Geſetze in ſolchem Falle das Rechtsmittel nur an die Formalien der Appellation gebunden [8]) und, wenn es mit dieſer alternativ gebraucht werden ſoll, zur Abkürzung des Verfahrens nur die Cumulation vorgeſchrieben haben. Wenn deshalb eine Parthei die Nichtigkeitsbeſchwerde incidenter mit der Appellation (der Klage auf Iniquität) alternativ gebrauchen will, und deshalb zur Cumulation genöthigt iſt, und den alternativen Gebrauch aufgibt, indem ſie auf die Appellation

---

5) Vantius de nullitat. process. Tit. 6. quib. mod. nullit. n. 38. p. 92. Mevius P. I. D. 154.

6) Vantius l. c. Schweder l. c. p. 915.

7) S. darüber Linde Lehrb. d. Civilproc. Aufl. 3. §. 420. Note 1. §. 421.

8) Wenn man deshalb die Richtigkeit der jenſeitigen Anſicht noch dadurch nachweiſen will: daß ja, ſobald die Appellation deſert geworden, auch die incidenter cumulirte Nichtigkeitsbeſchwerde für deſert betrachtet werde, (Mevius P. IV. D. 389.) ſo überſieht man, daß in ſolchem Falle der Grund des Verluſtes der Nichtigkeitsbeſchwerde nicht im Verluſte der Appellation, ſondern der Grund des Verluſtes dieſer beiden Rechtsmittel in den, beiden gemeinſchaftlichen, Formalien liegt. C. G. O. v. 1555. III. 34.

verzichtet, ſo fällt nun auch von ſelbſt die Cumulation weg, aber nicht auch das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde, das ja immer ſelbſtſtändiges Rechtsmittel neben der Appellation war, und nur formell mit dieſer in Verbindung ſtand, weil dieſe Verbindung auf geſetzlichem Gebote beruht.

Der zweite Theil der jenſeitigen Behauptung enthält mit andern Worten, ſobald man den erſten Theil als richtig annimmt, den Grundſatz: „man kann ein Rechtsmittel, worauf man verzichtet hat, dennoch verfolgen“, der mit der Lehre vom Verzichte im Widerſpruche ſteht. — Auf jeden Fall würde ſich, wenn die jenſeitige Anſicht richtig ſtände, die Behauptung, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde nachher nochmals principaliter und allein verfolgt werden könnte, nur auf die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen unheilbarer Nichtigkeiten beziehen, weil nur dieſe 30 Jahre zuſteht.

Noch verdient hier eine Frage erörtert zu werden, welche ich nirgends unterſucht finde, die aber bei den Gerichten nicht ſehr ſelten aufgeworfen wird, nämlich die: ob, wenn beide Partheien gegen ein Urtheil ſelbſtſtändig Appellation ergreifen [9]), und die eine ihrer Appellation entſagt, ſie nun noch der Appellation des andern Theils adhäriren darf? Man hat dieſe Frage aus dem Grunde verneint, weil die ſ. g. Principaladhäſion, oder die eigene Einwendung eines Rechtsmittels mit der acceſſoriſchen electiv concurrire [10]).

---

9) Man nennt das in ſolchem Falle zuletzt eingelegte Rechtsmittel auch wohl Principal-Adhäſion, und ſetzt dieſer die eigentliche Adhäſion als die acceſſoriſche entgegen; allein jener erſte Fall kann nicht als Adhäſion betrachtet werden.

10) Bieneri Syst. proc. Ed. 3. T. II. §. 178. „At enim si *utraque pars* eodem usa fuit remedio, neutra alteri adhaerere potest, quippe *electio* datur *non cummulatio*, ex quo patet, eum, qui remedium suum deseruit eidemve renunciavit, alterius remedio adhaerere non posse.“ v. Grolman Theorie des bürgerl. Proc. §. 211. Note 5. S. 340. (Ausg. 5.)

Es iſt zwar richtig, daß Juſtinian die ſ. g. Adhäſion deshalb einführte [11]), weil, wie er ſelbſt ſagt, nach dem ältern Rechte derjenige, der nicht ſelbſtſtändig appellirt hatte, das durch den Gegner allein angefochtene Urtheil gegen ſich unbedingt mußte gelten laſſen. Allein daraus folgt durchaus nicht, daß wenn eine Parthei ſelbſtſtändig appellirte, ihr nun die von Juſtinian geſchaffene Gemeinſchaft des gegneriſchen Rechtsmittels nicht auch noch zu ſtatten kommen ſollte. Dieſe Gemeinſchaft iſt unbedingt und allgemein vorgeſchrieben, jedem Appellaten unbeſchränkt geſtattet, si quid iudicatis opponere maluerit, hoc facere, ja, der Richter iſt ſogar angewieſen, dann, wenn der Appellat absens fuerit, nihilominus (iudicem) per suum vigorem eius partes ad implere". Weder der Appellat, noch der Richter ſind hier auf die gravamina des Appellanten beſchränkt [12]), noch iſt die Befugniß des Appellaten, und, nach Umſtänden, die Pflicht des Richters, davon abhängig gemacht, daß der Appellat nicht auch als ſelbſtſtändiger Appellant dürfe aufgetreten ſeyn. Nirgends hat Juſtinian auch nur angedeutet, daß derjenige, der ſelbſt appellirt, nach dem ältern Rechte, und nur der, der dieſes unterlaſſen, nach dem neuern behandelt werden ſollte. Hätte Juſtinian dem Eingange des Geſetzes nicht auch die Stelle inſerirt, worin er das beſtehende, von ihm zu emendirende Recht anführt, alſo blos geſagt: „Ampliorem providentiam subiectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam abservationem emendamus. Sancimus itaeque: etc.", ſo wäre wahrſcheinlich Niemand auf den Gedanken gekommen, daß man von einer ſelbſtſtändigen Appellation und dieſer neuen Juſtinianiſchen Vorſorge nur electiven Gebrauch machen dürfe. Der Kaiſer ſagt im Eingange des Geſetzes ſehr nach-

11) Const. 39. de appellat. 7, 62.

12) Bayer Vorträge S. 494. f.

drücklich: seine Fürsorge für seine Unterthanen solle weiter reichen, als die ihrige bei aller eigenen Aufmerksamkeit zu reichen vermöge; deshalb konnte es seine Absicht auch nicht blos seyn, daß nur der Unaufmerksame, d. i. der nicht appellirt, sondern daß in gleichem Maaße auch der Vigilante, d. i. hier, der appellirt hatte, dem appellirenden Gegner gegenüber durch ihn, den Kaiser, an Vorsicht sollte übertroffen werden [13]).

Aber auch einmal angenommen, jedoch nicht zugegeben, Justinian hätte die Cumulation der selbstständigen Appellation mit der Adhäsion nicht gestattet, sondern nur electiven Gebrauch zugelassen, so folgte daraus nicht, daß, wenn eine Parthei auf das eingelegte Rechtsmittel verzichtet hätte oder es desert werden ließe, sie in solcher Lage nicht noch von der Adhäsion Gebrauch machen dürfte. Durch das Fortfallen der selbstständigen Appellation wäre die Sache gerade in der Lage, welche nach der jenseitigen Theorie die Adhäsion voraussetzen soll. Wollte man hiergegen wieder einwenden, daß durch die Wahl der selbstständigen Appellation die Adhäsion ausgeschlossen worden sey, so ist dagegen entscheidend, daß eine solche Annahme ohne positives Gesetz nicht gemacht werden kann, es an einem solchen aber fehlt.

Die Frage kann nur seyn: inwiefern in der Desertion

---

13) Wenn es wahr wäre, was Gönner (Handb. III. 57. §. 23.) und viele Andere behaupten: das Gesetz stelle nur den Fall auf, daß nur eine Parthei appellirt habe, es kenne aber die Adhäsion über andere Punkte des Urtheils, gegen welche die Appellation nicht gerichtet sey, nicht, u. s. w., dann ließe sich wahrlich nicht begreifen, wie der Kaiser hätte glauben können, er werde durch das neue Gesetz eine Vorsorge treffen, wie sie die Partheien selbst, nach dem bis zur Const. 39. cit. bestandenem Rechte, bei der größten Aufmerksamkeit zu treffen nicht im Stande seyn. Denn nach dem Umfange, welchen Gönner dem Gesetze gibt, hätte der Kaiser allerdings wohl den gänzlich Unthätigen, aber gewiß nicht den an Vorsicht übertroffen, der unter der Anleitung des älteren Rechts sogar einige Gravamina mehr, als der Gegner aufgestellt hätte.

oder dem wahrhaften Verzichte auf die selbstständig eingelegte Appellation ein Verzicht auf die Adhäsion liege?

Wenn gleich das canonische Recht in der Versäumung der Appellationsfatalien eine Renunciation auf das Rechtsmittel findet [14]), so kann ein solcher, nicht eigentlich stillschweigender, sondern fingirter, Verzicht überhaupt nicht die Folgen eines wahrhaften Verzichts haben [15]), woran in dem zur Frage stehenden Falle um so weniger zu zweifeln ist, als Justinian in der Const. 39. de appell. unbestritten die Adhäsion für den Fall eingeführt hat, wo der Appellat nicht selbst appellirt, also jeden Falls die Appellationsfatalien versäumt hatte, und dadurch ist deutlich zu erkennen gegeben, daß die Versäumung von Fatalien und die daran geknüpften Folgen im Betreff der Adhäsion nicht wirken sollen. Selbst wenn bei der Appellation des Gegners der Appellat absens ist, also sein Adhäsionsinteresse auch in dieser Periode des Verfahrens nicht wahrnimmt, soll der Richter den Appellaten vertreten.

Bei dem wahrhaften, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Verzichte auf die Appellation, mag derselbe vor oder nach Einlegung derselben erfolgt seyn, treten aber die allgemeinen Grundsätze ein. Nur wird es alsdann wichtig, den Umfang des Verzichtes in jedem Falle genau zu untersuchen. Wenn z. B. der Adhärent in der selbst eingewandten Appellation nur einzelne Beschwerden aufgestellt hatte, und nun auf die Appellation verzichtete, so kann er zwar auf diese Beschwerdepunkte die Adhäsion nicht wieder anwenden, wohl aber auf alle übrigen etwa vorhandenen Beschwerden; und wenn ein Appellant unter dem Vorbehalte, seine Beschwerden sämmtlich als Adhärent vorbringen zu wollen, auf die eigene

---

14) Cap. 6. de app. in VI. 2, 15.

15) Martin im Magazin I. 3. S. 367. f.

Appellation verzichtet hat, ſo verſteht es ſich, daß auch ein ſolcher Vorbehalt wirkſam iſt [16]).

§. 13

Einfluß des Verzichts auf die Competenz der Gerichte.

In Folge des Verzichts verliert der Verzichtende das Rechtsmittel, ſo weit der Verzicht reicht [17]), und inſofern durch das Rechtsmittel die Rechtskraft noch ſuſpendirt war, oder ſuſpendirt werden konnte, hört auch dieſer problematiſche Zuſtand auf, und die Rechtskraft tritt ein. Jedoch treten alle dieſe Folgen nur ſo weit, als der Verzicht reicht, und nur gegen denjenigen ein, der verzichtet hat.

Sowohl der Umſtand, ob überhaupt ein Verzicht wirklich Statt gefunden, als auch deſſen Wirkſamkeit in Bezug auf den Umfang, kann Gegenſtand eines neuen Streits werden, und nach Verſchiedenheit der Lage, in welcher ſich der Proceß über die Hauptſache befindet, kann die Frage entſtehen, welcher Richter über die Wirklichkeit und den Umfang des Verzichts zu entſcheiden habe, und welche Wirkung der Verzicht bei eingelegten Devolutiv-Rechtsmitteln auf die Dauer des Devolutiveffects habe?

---

16) Die ſchon mehrmals angeführte Großh. Heſſiſche Verordn. v. 17. März 1797. §. 11. Zif. 6. ſtellt zum Theile abweichende Grundſätze auf: „Im Fall auch beide Theile principaliter appelliren, und es ſich nachher zeigt, daß ihre Beſchwerde gegen einerlei Punkte der Sentenz a qua gerichtet iſt: ſo ſollen dennoch beide Theile die Appellation fortſetzen, wofern nicht der, welcher ſolche zuletzt interponiret, ſich ſogleich dabei ausbedungen hat, ſeine Appellation auf den Fall, daß ſein Gravamen und des Gegentheils ſeines einerlei Punkte betreffen würden, als eine Adhäſion verfolgen dürfe.“

17) Fr. 1. §. 3. a quib. app. non licet. 49, 2. „indubitate provocandi auxilium perdidit.“ Const. 5. §. 6. de temp. et reparat. 7, 63. Const. 5. de re iud. 7, 52.

Deshalb müſſen hierüber noch einige Bemerkungen gemacht werden.

Da der Zweck des Verzichts im Weſentlichen darin beſteht, die wiederholte cognitio causae abzuſchneiden, ſo ergibt ſich, daß derjenige Richter, der competent iſt, über die Zuläſſigkeit einer wiederholten cognitio causae zu urtheilen, auch competent iſt, über das Daſeyn und die Wirkſamkeit des behaupteten Verzichts zu entſcheiden. Diejenige Parthei, welche den Verzicht zur theilweiſen oder gänzlichen Verhinderung der wiederholten Prüfung einer richterlichen Verfügung wider den Gegner geltend machen will, gleichgültig von welcher Parthei der Verzicht herrührt, hat ſich alſo damit an denjenigen Richter zu wenden, der über die Zuläſſigkeit der wiederholten cognitio causae zu entſcheiden hat. Nach Verſchiedenheit der Rechtsmittel kann alſo ſowohl der Richter, welcher das angegriffene Urtheil erlaſſen hat, als auch ein höherer Richter zuſtändig ſeyn. Bei den Devolutiv-Rechtsmitteln, welche zugleich Suſpenſivkraft haben, wird zweckmäßig nicht blos bei dem höheren Richter, ſondern nach Umſtänden auch ſchon bei dem Unterrichter der Verzicht in Bezug genommen, weil dieſes auf die Ausſtellung der Apoſtel Wirkung haben kann. Daß nach eingelegtem Devolutiv-Rechtsmittel der Unterrichter über den ſtreitig gewordenen Verzicht entſcheiden dürfte, läßt ſich nicht beweiſen [18]), und widerſpricht dem Grundſatze, daß durch die bloße Einwendung des Rechtsmittels die Thätigkeit des Unterrichters in der Art ſuſpendirt wird, daß er keine Verfügung, welche eine Cognition über ſolche Punkte, welche mit der Zuläſſigkeit der Ap-

18) Denn wenn in einzelnen Stellen des canoniſchen und römiſchen Rechts Andeutungen vorkommen, daß im Falle des Verzichts auf die Appellation der Unterrichter ſofort forthandeln ſolle, ſo geht aus jenen Stellen auch zugleich hervor, daß über den Verzicht kein Streit, oder der Verzicht vor eingelegter Appellation erfolgt war.

pellation im wesentlichen Zusammenhange stehen, oder welche eine Beurtheilung des dauernden [19]) Grundes der Beschwerden voraussetzen, erlassen darf [20]). Die Entscheidung über den Verzicht auf das Rechtsmittel ist in der Rechtsmittelinstanz in derselben Bedeutung ein Präjudizialpunkt, wie die Entscheidung über die Desertion; beide Punkte bedingen die Zulässigkeit des Rechtsmittels und die rechtliche Möglichkeit in eine Prüfung der Beschwerden einzugehen. Die Gesetze selbst konnten die Gleichstellung der Desertion und Renunciation in dieser Beziehung nicht schärfer aussprechen, als dadurch, daß sie die Desertion aus dem Gesichtspunkte eines fingirten Verzichtes aufgriffen [21]), und was nun von einem solchen gilt, muß von einem wahrhaften Verzichte um so mehr gelten [22]). Eine Anwendung dieses Grundsatzes finden wir auch bei Papinianus [23]), der ausdrücklich entscheidet, daß wenn vertragsmäßig auf die Appellation verzichtet worden sey, der Appellationsrichter, mit Beiseitesetzung der Hauptsache (nullo alio de principali causa discusso) blos über den Bestand der Renunciation zu entscheiden habe.

---

19) Cap. 60. x. de appellat. 2, 28. Cap. 10. de appellat. in VI. 2, 15. Wenn der Unterrichter die Beschwerde selbst noch heben konnte, und gehoben hat „poterit ex tunc libere in causa procedere, ac si appellatio interposita non fuisset."

20) Fr. un. nihil innovari app. interp. 49, 7. Fr. 6. de app. recip. 49, 5. Const. 3. de appell. 7, 62. Nov. 82. cap. 4. 12. Nov. 134. cap. 3. Cap. 7. 10. de appell. in VI. 2, 15. Die Ausstellung der Apostel, welche theils Bescheinigung, theils Ausspruch der bloßen Ansicht des Unterrichters über die Zulässigkeit der Appellation enthält, macht also keine Ausnahme. — Vergl. Linde Lehrb. Aufl. 3. §. 385.

21) Cap. 6. de appellat. in VI. 2, 15.

22) G. L. Boehmer l. c. §. 20. III. p. 395. scq.

23) Fr. 40. §. 1. de pactis. 2, 14. G. L. Boehmer l. c. S 4. §. 20. Nota h. p. 396.

Was nun in unſerem Falle die Dauer des Devolutiveffects anbetrifft, ſo iſt zwar im römiſchen Rechte, nach welchem bekanntlich regelmäßig nur post sententiam definitivam appellirt werden konnte [24]), der Grundſatz ausgeſprochen, daß die einmal auf dem Wege der Appellation an den höhern Richter devolvirte Sache unter keinem Vorwande an den Unterrichter remittirt werden ſolle [25]). Aber ſchon das canoniſche Recht hat dieſen Grundſatz, für den Fall, daß in der Appellationsinſtanz confirmatoriſch entſchieden wurde, aufgehoben [26]), und auch in Deutſchland hat man von jeher nur in den Fällen, wo der Oberrichter reformatoriſch erkannte, denſelben zur fernern Behandlung der Sache für berechtigt gehalten, bei confirmatoriſcher Entſcheidung aber die Sache

---

24) Linde in der Zeitſchrift für Civilr. u. Proc. Bd. IV. S. 1. f.

25) Const. 6. pr. de appell. 7, 62.

26) Denn nicht nur wenn *ante* sententiam appellirt wurde, verordnete das canoniſche Recht, im Falle der Oberrichter confirmatoriſch erkannte, die Remiſſion an den Unterrichter (cap. 59 x. de appellat. 2, 28. cap. 5. de app. in VI. 2, 15. Clemens IV. c. a. 1267.), ſondern auch wenn *post* sententiam definitivam appellirt wurde (cap. 38. x. de appellat. 2, 28. (Clemens III. c. a. 1190.) „Accepimus, quod quidam Clerici de Gual. occasione iudicii tui, quod velle observare se iactant, Linconien. Episcopi iudicis ordinarii sine causa rationabili cognitionem evitant. Unde mandamus: quatenus si quando contigerit aliquem de clericis a praefato episcopo ad tuam audientiam appellare, non ante appellationem admittas, quam tibi constiterit, eam vel a gravamine *vel iniusta condemnatione* prorectam: *alioquin* ipsum ad praedicti episcopi audientiam remittas, appellatione remota eius iudicio pariturum".) Wenn nun im cap. 5. in VI. cit. geſagt wird: „salvis iis, quae super appellationibus post sententiam interpositis sunt statuta", ſo kann man dieſes nicht (mit Bayer Vorträge S. 492.) auf das römiſche Recht (Const. 6. pr. de appell.), ſondern muß es wohl auf die Beſtimmung des Cap. 38. x. 2, 28. von Clemens III. beziehen.

an den Unterrichter remittirt [27]), und ist am wenigsten darüber zweifelhaft gewesen, daß, im Falle das Rechtsmittel als unzulässig befunden worden, der Oberrichter also in eine Prüfung der Beschwerde gar nicht eingehen konnte, die Sache an den Unterrichter remittirt werden müsse [28]), und diese Ansicht nicht blos im Falle der Desertion eines Rechtsmittels, sondern auch im Falle einer wahrhaften Renunciation befolgt [29]). Diese Ansicht ist auch nach dem oben Ausgeführten unbedenklich anzunehmen; denn sobald der Oberrichter entschieden hat, daß die Appellation durch den Verzicht aufgehoben sey, ist damit auch entschieden, daß der Oberrichter über den Grund oder Ungrund der Beschwerden zu erkennen nicht befugt ist, er also die sententia a qua weder zu confirmiren noch zu reformiren hat, diese vielmehr als Sentenz des Unterrichters in Rechtskraft tritt, und deshalb die Sache an den Richter, der das Urtheil gesprochen [30]), zu remittiren ist.

Geht man hiernach von der Ansicht aus, daß die Remission der Sache an den Unterrichter bei stattgefundenem Verzichte deshalb erfolgen müsse, weil kein auf die Beurtheilung der Beschwerden sich beziehendes Appellationsverfahren mehr statthaft sey, so ergibt sich auch, daß es unthunlich ist, mit G. L. Böhmer die Fälle, wo gegen Definitivurtheile appellirt ist, von denjenigen, wo gegen Beiurtheile (oder ante sententiam) Appellation ergriffen war, zu unterscheiden, und in diesen letztern die Nothwendigkeit der Remission der Sache an den Unterrichter dadurch zu begründen, daß das canonische

27) Bayer Vorträge S. 493.

28) Const. 8. 18. de appell. 7, 62. Const. 5. §. 4. de temp. appell. 7, 63. Fr. 6. §. 1. de his qui not. inf. 3, 2. Mynsinger Cent. I. obs. 59. G. L. Boehmer l. c. §. 20.

29) Ludolf Obs. cam. P. I. Obs. 188. J. Strauch ad Jus Justinian Diss. 18. th. 1. Schweder l. c. §. 29. G. L. Boehmer l. c. §. 19. 20.

30) Fr. 15. pr. de re iud. 42, 1.

Recht in ſolchen Fällen die Remiſſion an den Unterrichter dann befohlen habe, wenn die Beſchwerden ſich als ungegründet darſtellen [31]), und ein ſolcher Ungrund im Verzichte anerkannt werde [32]). Denn abgeſehen davon, daß aus dem Verzichte einer Parthei auf ein Rechtsmittel nicht nothwendig folgt, weder daß die Parthei ihre Beſchwerde für ungegründet hält, noch daß ſie dieſes wirklich iſt, ſo kann der Oberrichter, ſobald man davon ausgeht, daß er ſich in keine Beurtheilung des Gehalts der Beſchwerden einlaſſen dürfe, auch auf eine ſolche Beurtheilung hin, keine Verfügung erlaſſen, oder dieſe dadurch motiviren.

Dagegen iſt die Behauptung G. L. Böhmer's [33]), daß der Oberrichter trotz des Verzichts auf die Appellation dann für die Hauptſache, ſelbſt wenn ante sententiam definitivam appellirt worden ſey, zuſtändig bleibe, und alſo die Sache nicht an den Unterrichter remittirt zu werden brauche, wenn dieſer die Appellation für zuläſſig erklärt habe, freilich richtig, weil das canoniſche Recht ausdrücklich ſagt: „Si vero iudex admittat eandem (appellationem), licet tam appellatio, *quam ipsius iudicis delatio a Superiore valeant refutari;* quia tamen iudex ipse, quantum in se fuit, a se iurisdictionem abdicavit eandem appellationi deferrens minus iuste, *totius* causae decisio in Superioris est potestate transfusa, *nec est illi causa* de necessitate *ulterius remittenda*“ [34]); denn hiernach darf der Oberrichter wenigſtens die Sache vor ſich ziehen, ſelbſt dann, wenn der Appellation gar nicht zu deferiren geweſen wäre, der Unterrichter aber dennoch die Appellation zugelaſſen hätte [35]). Die

31) Cap. 59. x. de appell. 2, 28. Cap. 38. x. eod.

32) G. L. Boehmer l. c. §. 21.

33) G. L. Boehmer l. c. §. 22.

34) Cap. 5. de appellat. in VI. 2, 15.

35) Die Unterſuchung, inwiefern auf den Oberrichter prorogirt werden könne, (G. L. Boehmer l. c. §. 23. 24.) gehört

Praxis ſcheint gleichwohl auch dieſe Beſtimmung nicht befolgt zu haben.

§. 14.

Behandlung der Lehre nach den neueren Geſetzbüchern und Entwürfen.

Aus dem, was ſich nach deutſchem gemeinen Rechte über unſern Gegenſtand ſagen läßt, geht jedenfalls hervor, daß die Lehre in den Quellen für dieſen Gegenſtand keine erſchöpfende Darſtellung gefunden hat, und die doctrinellen Bearbeitungen ebenfalls nicht ſehr häufig, aber auch nicht ſehr befriedigend ausgefallen ſind. Darin mag dann auch der Grund liegen, weshalb die neuern Proceßgeſetzbücher und Entwürfe den Gegenſtand entweder ganz überſehen, oder ihn nur kurz berührt haben. Ich ſage abſichtlich, überſehen, weil es mir ſcheint, daß der Gegenſtand im Proceßgeſetzbuche ſeine Beſtimmung finden muß, indem die Lehre von dem Verzichte auf Rechte, wie ſie für das bürgerliche Geſetzbuch paßt, ihre nothwendige allgemeine Haltung verlieren müßte, wenn darin ſpeciell eine Anwendung auf Verzicht, wie er nur im Proceſſe und bei Rechtsmitteln insbeſondere vorkommen kann, gemacht werden ſoll.

Die preußiſche allgemeine Gerichtsordnung, welcher man ſonſt wohl eine zu caſuiſtiſche Behandlung vorwirft, ſpricht von unſerm Gegenſtande bei Gelegenheit der Lehre von den Koſten (A. G. O. I. 23. §. 20.), wo verordnet wird:

---

nicht hierher, da dabei die allgemeinen Grundſätze zur Anwendung kommen, und die eingetretene Renunciation zu keinen Eigenthümlichkeiten führt; und die Unterſuchung, inwiefern der Pabſt und das Reichskammergericht eine Sache an ſich ziehen konnten, die andere Appellationsrichter remittiren mußten, (G. L. Boehmer l. c. §. 25—27.) hat kein practiſches Intereſſe mehr.

„Wenn jemand im Fortgange der Sache dem Proceſſe entſagt, ſo iſt er dem Gegentheil die bis dahin aufgelaufenen Koſten zu erſetzen ſchuldig. Gleiche Bewandtniß hat es, wenn jemand der ergriffenen Appellation oder Reviſion entſagt; denn alsdann muß er dem Gegner die in dieſer Inſtanz etwa ſchon gehabten Koſten erſtatten; wegen der Koſten der vorigen Inſtanz aber hat es bei dem diesfälligen Urtel ſein bewenden".

Die Gerichtsordn. der Stadt Bremen v. J. 1820. erwähnt des Gegenſtandes

1) in der Lehre vom Schiedsrichterlichen Verfahren, und verordnet:

„§. 53. Iſt in dem Compromiſſe oder einer ſpätern Uebereinkunft ein Verzicht auf Rechtsmittel enthalten, ſo iſt gegen Schiedsrichterliche Erkenntniſſe nur die Nichtigkeitsbeſchwerde und das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zuläßig. Jeder Verzicht auf die Nichtigkeitsbeſchwerde iſt unwirkſam";

2) in der Lehre von den Rechtsmitteln der Appellation und Reviſion, bei Gelegenheit der Adhäſion, wo es heißt:

„§. 503. Die Adhäſion findet nicht ſtatt, wenn die Gegenparthei vor Einreichung ihrer Rechtfertigungsſchrift, oder bei einer Submiſſion auf die Voracten, vor Uebergabe der Beſchwerden, das Rechtsmittel aufgiebt".

Die Hannoveriſche Proceß. Ordn. für die Untergerichte v. 1827. redet davon in der Lehre von dem Eintritte der Rechtskraft, wo es heißt:

„§. 143. Nach Ablauf der für die Zuläßigkeit der ordentlichen Rechtsmittel beſtimmten Friſten wird das Erkenntniß rechtskräftig, und kann durch dieſe nicht weiter angefochten werden. Dieſelbe Wirkung tritt auch für diejenige Parthei ein, welche durch ausdrückliche Anerkennung des Erkenntniſſes und Verzichtleiſtung auf Rechtsmittel, oder durch unbedingte freiwillige Erfüllung deſſelben, welche dann angenommen wird, wenn die Parthei noch nicht mit

Zwangsmitteln bedroht worden war, ſich demſelben unterworfen hat".

Das Oldenburgiſche Proceß-Reglement v. J. 1824. berührt den Gegenſtand ſehr beiläufig in der Lehre von der Appellation, indem es verfügt:

„§. 25. Man verſieht ſich übrigens zu den Partheyen und Anwälden, daß ſie, ſobald ſie entſchloſſen ſind die Appellation nicht fortzuſetzen, ſolches ungeſäumt anzeigen, und nicht die Einführungsfriſt ſtillſchweigend ablaufen laſſen und den Appellaten in die Nothwendigkeit ſetzen, erſt einen Deſertionsbeſcheid auszunehmen". Geſchieht dieſes dennoch, ſo ſind Strafen angedroht.

Der revidirte Entwurf der Proceßordnung in bürgerl. Rechtsſtreitigkeiten für das Königreich Baiern (v. J. 1827) enthält eine hierher gehörige Beſtimmung im

„§. 150. Der Verzicht auf den Rechtsſtreit bringt dieſelben Wirkungen hervor, als ob der Verzichtende durch ein rechtskräftiges Urtheil im Proceſſe unterlegen wäre. Derſelbe muß der Gegenparthei auf Verlangen alle Proceßkoſten erſtatten".

„§. 514. Die Adhäſion iſt nicht wirkungslos, wenn der Appellant auf die Berufung verzichtet hat; vielmehr wird in dieſem Falle der Gegentheil als Selbſtappellant angeſehen".

Der Entwurf der Proceßordn. in bürgerl. Rechtsſtreitigkeiten für das Großherzogthum Baden (1830) enthält im §. 809. dieſelbe Beſtimmung, wie der Baierſche Entwurf im §. 150.

Vergleicht man den Inhalt und Umfang dieſer neuern legislativen Erzeugniſſe mit dem, was die Quellen des gemeinen Proceßrechts und die doctrinelle Bearbeitung derſelben darbietet, ſo dürfte ſo viel klar ſeyn, daß jene neuern Geſetzgebungen bei weitem geringere Ausbeute dem anwendenden Richter liefern, als das gemeine Recht. Es muß aber ſogar auffallen, daß man glaubt, mit ſo wenigen, und auf keinen Fall erſchöpfenden Grundſätzen, in den neuern Geſetzbüchern

ausreichen zu können, da die Praxis wohl zur Genüge bewiesen hat, daß in dieser Lehre eine größere Mannigfaltigkeit der Fälle sich zeigt, als in jenen Grundsätzen der neuern Gesetze und Gesetzesentwürfe berücksichtigt worden zu seyn scheint. Wenn man dabei noch erwägt, daß eine Reihe von Controversen des gemeinen Rechts in dieser Lehre nicht etwa aus einer verschiedenen Interpretation zweifelhafter positiver Bestimmungen, sondern gerade aus dem Mangel solcher entstanden ist, daß die positiven Gesetze die ganze Lehre fast einseitig nur in Bezug auf die Appellation behandelt haben, und daß nun bei Gelegenheit der übrigen Rechtsmittel sowohl als einzelner Institute, z. B. der Adhäsion, der Remission der Sache an den vorigen Richter u. s. w., hauptsächlich Zweifel über die Lehre des Verzichts auf Rechtsmittel entstanden, und man diese auf Entwickelungen hin zu beseitigen suchte, die eben so gut bei jeder neuen Gesetzgebung, die den Controversen im Voraus nicht vorgebeugt hat, entstehen dürften, so scheint es wohl nothwendig zu seyn, daß eine neue Gesetzgebung sich umfassender mit der Lehre beschäftige, und lieber etwas zu speciell als zu generell die Grundsätze darüber aufstelle. Man ist freilich bei Bearbeitung neuer Gesetze leicht der Gefahr ausgesetzt, zu sehr in das Einzelne einzugehen, weil der Scharfsinn der Bearbeiter des vorhandenen Rechts in diesem so manche Lücken aufgedeckt hat, und das Leben eine solche Reichhaltigkeit von Fällen darbietet, daß man nicht vorsichtig genug seyn kann, sich nicht verleiten zu lassen, für jeden Fall auch eine eigene Entscheidung im Voraus festzusetzen, die man, in gewisser Befangenheit, als einen weit um sich fassenden Grundsatz ansieht, während sie, genau beleuchtet, doch nichts als die Specialisirung eines andern höhern Princips ist; aber eben so viel Vorsicht ist nöthig, im Generalisiren doch auch nicht zu weit zu gehen denn das führt zu bald dahin, daß das Gesetz nicht mehr die Gerichte, sondern diese das Gesetz beherrschen. So viel bleibt jedenfalls

gewiß, daß eine neue Gesetzgebung sich nicht den Vorwurf, zu sehr in das Specielle eingegangen zu seyn, zuzieht, wenn sie dort bestimmt anordnend einschreitet, wo eine Verschiedenheit der Ansicht unter tüchtigen Gelehrten aus solchen allgemeinen Grundsätzen entstand, welche auch in der neuen Gesetzgebung wiederholt werden mußten. Daß aber unser Gegenstand in mehrfacher Beziehung in einer neuen Gesetzgebung ins Auge zu fassen ist, als es seither geschah, dürfte schon daraus als nothwendig hervorgehen, daß von den vorhandenen neuen Gesetzgebungen jede denselben in Bezug auf ein besonderes Institut behandelte, wobei die Bearbeiter höchst wahrscheinlich durch das, ihnen am meisten sichtbar gewordene Bedürfniß geleitet worden sind. So hat von den angeführten Gesetzgebungen die eine es für nöthig gehalten, die Wirkung des Verzichts in Bezug auf die Proceßkosten, eine andere in Bezug auf Compromisse und Adhäsion, eine dritte in Bezug auf Rechtskraft u. dgl. zu betrachten. Alle diese Beziehungen sind in der That wichtig, ergeben sich entweder gar nicht oder nicht übereinstimmend aus andern allgemeinen Grundsätzen; aber eben deshalb beugt das Gesetz der Unsicherheit in der Anwendung vor, wenn jene und andere gleich wichtig werdende Beziehungen vollständig geregelt werden.

Prüft man den Inhalt der neuern legislativen Erzeugnisse ihrem innern Gehalte nach, so dürfte:

1) der Grundsatz des Preußischen Rechts, daß der auf Appellation oder Revision verzichtende Theil dem Gegner die in dieser Instanz etwa schon gehabten Kosten ersetzen solle, deshalb nicht in allen Fällen den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechen, weil, wenn der Verzichtende innerhalb der Interpositionsfatalien das Rechtsmittel zwar eingelegt, aber auch wieder darauf verzichtet, und der Appellat oder Revise innerhalb dieser Zeit Kosten veranlaßt hat, zu deren Ersatz der verzichtende Appellant oder Revident schon deshalb nicht verpflichtet seyn kann, da die Dauer jenes

Interpositionsfatale den Partheien gerade zu dem Zwecke gegeben ist, zu überlegen, ob sie ein Rechtsmittel gebrauchen wollen oder nicht, und der Appellat oder Revise, wenn er voreilig dennoch Kosten veranlaßte, die in der Voraussetzung, daß der Gegner das Rechtsmittel verfolgen werde, ihren Grund haben, solche selbst zu tragen hat [36]).

2) Das Bremer Gesetz läßt zweifelhaft, ob die bei einem Compromisse zu befolgenden Intrepretationsregeln bei jedem Verzichte, oder nur bei dem im Compromisse vorkommenden gültig seyn sollen. Besonders wichtig, und nicht sich von selbst verstehend, ist das rücksichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde.

3) Wenn das Hannöverische Gesetz allgemein bestimmt, daß durch Verzicht auf Rechtsmittel das Urtheil rechtskräftig werde, so entsteht nun der Zweifel, ob wer auf ein Rechtsmittel verzichtet, auch auf andere, die Rechtskraft hemmende, als verzichtend anzusehen ist, z. B. jemand verzichtet in einem Falle, wo Appellation zwar zulässig war, auf diese, liegt darin nun auch ein Verzicht auf die Supplication? welche nach dem Gesetze auch in appellablen Sachen zulässig ist. Die Absicht des Gesetzes ist das gewiß nicht, denn im andern Falle würde das sonderbare Resultat herauskommen, daß, wer gegen ein appellables Erkenntniß, ohne jede weitere Bemerkung von der Supplication Gebrauch machte, wodurch alsdann der Gebrauch der Appellation auf Seiten des Supplicanten als (stillschweigend) ausgeschlossen betrachtet würde [37]), die Rechtskraft des Urtheils hemmte, daß aber derjenige, der mit ausdrücklichem Verzichte auf die Appellation zugleich zur Supplication griff, mit dieser nicht zu hören wäre.

Auch läßt sich fragen: ob das Gesetz neben dem Verzicht auf Rechtsmittel noch ausdrückliche Anerkennung des

36) G. L. Boehmer l. c. §. 15.

37) Hannov. Untergerichtsord. §. 152.

Urtheils verlangt, damit das letztere in Rechtskraft trete? Aus der Faſſung des Geſetzes „ausdrückliche Anerkennung des Erkenntniſſes und Verzichtleiſtung auf Rechtsmittel“ konnte man eine ſolche Behauptung ableiten, die aber gewiß nicht aufgeſtellt werden ſollte, weil in der ausdrücklichen Anerkennung des Erkenntniſſes ſchon der Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel liegt, und umgekehrt. Iſt aber dieſe Vorausſetzung richtig, ſo ſollten die angegebenen Sätze ſtatt mit „und“ verbunden, lieber mit „oder“ unterſchieden ſeyn.

Wenn das Geſetz in der Faſſung die freiwillige Erfüllung des Erkenntniſſes dem Verzichte auf Rechtsmittel entgegenſetzt, ſo ſcheint es, daß der Geſetzgeber entweder nicht anerkennen wollte, daß in der freiwilligen Erfüllung des Erkenntniſſes ein (ſtillſchweigender) Verzicht auf Rechtsmittel liegt, oder daß dieſes die einzige Art des ſtillſchweigenden Verzichts ſeyn ſoll, die das Geſetz anerkennt. Allein dieſe durch die Faſſung allerdings gerechtfertigte Annahmen können wieder nicht in der Abſicht des Geſetzgebers gelegen haben, weil die freiwillige Erfüllung in ihren Folgen als Verzicht behandelt, und daß ſie nicht die einzige anerkannte Art des freiwilligen Verzichts iſt, daraus folgt, daß ja auch die ausdrückliche Anerkennung des Erkenntniſſes in den Folgen als Verzicht auf das Rechtsmittel behandelt iſt.

Es geht hieraus hervor, daß das Geſetz nicht allgemein genug gefaßt, und die einzelnen Beſtimmungen nicht logiſch an einander gereiht ſind. Der Geſetzgeber hatte wohl die Abſicht auszuſprechen: daß ausdrücklicher und ſtillſchweigender Verzicht auf Rechtsmittel die Rechtskraft des Erkenntniſſes zur Folge haben ſolle, und führte nun zwei Fälle des ſtillſchweigenden Verzichts zur Erläuterung an. Deshalb hätte die betreffende Stelle ſo redigirt werden ſollen:

> „Dieſelbe Wirkung tritt auch für diejenige Parthei ein, welche auf das Rechtsmittel Verzicht leiſtet. Eine ſolche Verzichtleiſtung liegt insbeſondere in der ausdrücklichen Anerkennung des Erkenntniſſes, ſo wie

in der unbedingten freiwilligen Erfüllung, welche dann angenommen wird u. ſ. w.“

4) Das Oldenburgiſche Reglement ſieht die Verſäumung der Einführungsfriſt als ſtillſchweigende Renunciation auf das Rechtsmittel an, denn nur unter einer ſolchen Annahme läßt es ſich erklären, wie das Geſetz Strafe darauf ſetzen konnte, wenn eine Parthei, die entſchloſſen ſey die Appellation nicht fortzuſetzen, ſolches nicht ungeſäumt anzeige. Jene Anſicht iſt aber, wie ſchon oben bemerkt wurde, aus allgemeinen Gründen nicht wohl zu vertheidigen, aber deshalb auch für eine neue Geſetzgebung nicht zu empfehlen. Nimmt jenes Reglement aber nicht an, daß in der Deſertion ein ſtillſchweigender Verzicht nothwendig liege, und will die Strafe nur in dem Falle, daß die Parthei wirklich die Abſicht hatte, das Rechtsmittel fallen zu laſſen, ſo wird es ſelten zur Strafanwendung kommen, weil die Parthei dieſe Abſicht ſtets läugnen wird; und ſoll ſie präſumirt werden, ſo heißt das wieder, in der Deſertion ſtillſchweigenden Verzicht finden.

5) Der Bayerſche Entwurf ſpricht nicht ausdrücklich von dem Verzichte auf Rechtsmittel, außer bei Gelegenheit der Adhäſion im §. 514. Doch ſcheint der §. 150. wegen ſeiner allgemeinen Faſſung (Verzicht auf den Rechtsſtreit) und wegen ſeiner Stellung im Syſteme (im Capitel „vom gerichtlichen Verfahren überhaupt“) darauf bezogen werden zu müſſen. Mit dem Verzichte auf Rechtsmittel gegen Definitivurtheile läßt ſich nun allerdings die Wirkung verbinden: „als ob der Verzichtende durch ein rechtskräftiges Urtheil im Proceſſe unterlegen wäre“; auch läßt ſich der Umfang einer ſolchen Wirkung bei einem Verzichte auf den Rechtsſtreit wohl durchführen; aber es läßt ſich nicht einſehen, wie ein Urtheil in der Streitſache entbehrt werden kann, wenn zur Zeit des Verzichts noch kein ſolches vorliegt.

Der Entwurf hat die Appellationen zwar ſehr beſchränkt, und insbeſondere nur gegen Beweis auflegende und end-

lich entscheidende Urtheile zugelassen (§. 509.), und außerdem die Fälle aufgezählt, in welchen selbstständiger Recurs gegen Decrete Statt findet (§. 540. 542.), und daneben verordnet, daß über alle anderen Decrete die Beschwerde, insofern sie nicht in derselben Instanz gehoben werde, mit der nächsten zulässigen Berufung [38]) verbunden werden dürfe, ohne daß ein Vorbehalt nothwendig sey (§. 540.).

Die Wirkung des Verzichts, wie sie im §. 150. ausgesprochen ist, paßt für den Verzicht auf Rechtsmittel gegen Definitivurtheile, aber nicht, wenn auf die Appellation gegen Beweis auflegende Urtheile, oder auf selbstständige Recurse, oder solche, die mit der nächsten zulässigen Berufung zu verbinden, und verbunden worden sind, verzichtet wird. Der Entwurf kann nun zwar die Absicht nicht gehabt haben, auf diese Fälle die Wirkung des §. 150. auszudehnen, weil diese einen Verzicht auf den Rechtsstreit (also auf das ganze fernere Verfahren) voraussetzt; aber eben deshalb ist die Lehre des Verzichts nicht umfassend behandelt [39]).

Selbst die Bestimmung über die Verbindlichkeit zum Kostenersatze führt, wie sie der Entwurf enthält, zu weit. Die Beschränkung, welche das Preußische Recht aufstellt („wegen der Kosten der vorigen Instanz hat es bei dem desfallsigen Urtheil sein Bewenden"), muß rechtlich nothwendig gelten; aber man wird das Princip noch weiter beschränken müssen, wie schon oben zum Preußischen Rechte angemerkt ist.

Mit dem seither betrachteten §. 150. des Entwurfs, steht auch der §. 133. in Verbindung [40]), wo es heißt:

---

38) Gewisse Beschwerden werden, wenn eine Berufung nicht eingewendet werden will, oder nicht mehr statt hat, als selbstständige Recurse behandelt (§. 542.).

39) Der Badensche Entwurf macht gelegenheitlich vom Verzichte noch einige Anwendungen, z. B. in den §§. 84. 142. Zif. 4. 388. 1194. 1217.

40) Dieser Verbindung wegen glaubte ich den Punkt noch berühren zu dürfen, der zwar in die Lehre von dem Verzichte

„Will der Kläger oder der Beklagte von dem bisherigen Streite abstehen, sein Recht aber in einem neuen Processe gegen seinen bisherigen Gegner verfolgen, so ist ihm zwar dieses zu thun erlaubt, es wird aber gegen ihn angenommen, daß er in dem Streite, von welchem er absteht, vermöge Urtheils unterlegen wäre, und die neue Klage findet nur in so fern statt, als derselben das vorgenannte angenommene Urtheil nicht entgegensteht".

In diesem Paragraphen wird derselbe Grundsatz wie im §. 150. ausgesprochen, und außerdem die Wirkung eines Vorbehalts bestimmt. Es scheint, daß der Entwurf im §. 133. den Fall entscheiden wollte, wenn der Verzicht auf den Streit in erster Instanz vor dem Definitivurtheile erfolgt. In Bezug auf die Stellung im Systeme selbst wäre es wohl passender, den allgemeinen Grundsatz über die Wirkung des Verzichts beim §. 133. in der Bestimmtheit, wie es im §. 150. geschehen, auszudrücken, und daran theils die Anwendung auf den Vorbehalt zum Rückgriff zur Klage, theils auf Rechtsmittel, theils auf den Kostenpunkt zu knüpfen, wenn man es nicht vorzieht die beiden letzten Anwendungen in der Lehre von den Proceßkosten und den Rechtsmitteln zu machen.

In Bezug auf den Grundsatz selbst, wiederhole ich die Bemerkung, daß nicht wohl einzusehen ist, wie angenommen werden kann, der Verzichtende solle als im Streite vermöge Urtheils unterliegend betrachtet werden, wenn noch kein Urtheil vorliegt und kein solches erlassen werden soll. Ohne Urtheil wird die Gränze für den Umfang des Unterliegers regelmäßig zu einem neuen Processe führen. Abgesehen hiervon halte ich, was die Wirkung des Verzichts in diesem Falle

---

auf den Rechtsstreit überhaupt, nicht aber in die Lehre über den Verzicht auf Rechtsmittel gehört. Der Badensche Entwurf läßt beim Fallenlassen der angestellten Klage gleichfalls eine neue Klage zu. Entw. §. 346.

ſelbſt anbetrifft, die Anſicht des Franzöſiſchen Rechts für zweckmäßiger, wornach die Verzichtleiſtung auf den Proceß von Seiten des Klägers, ſobald ſie angenommen iſt, ſofort rechtswegen als Einwilligung, daß die Sachen von beiden Seiten in eben den Zuſtand, worin ſie ſich vor der Klage befanden, zurückgeſetzt werden ſollen [41]), angeſehen wird. Das Nachgeben von Seiten des Beklagten (l'acquiescement) hat die Wirkung, als wenn er auf das Vorbringen der Einreden verzichte. Das liegt in der Natur der Sache, bedürfte keiner beſtimmten geſetzlichen Anordnung, und iſt deshalb auch nur als Princip bei einzelnen Fällen befolgt [42]). Wenn nun nach Franzöſiſchem Rechte auf den angenommenen Abſtand kein Urtheil erfolgt, ſondern die Wirkung kraft des Geſetzes eintritt, und man eben ſo beim Nachgeben des Beklagten annimmt, daß die Klage eben ſo ihre Wirkung haben ſolle, als ob ſie durch ein Urtheil dem Kläger zuerkannt worden wäre [43]), ſo erklärt ſich die leichtere und mögliche Anwendung für das Franzöſiſche Verfahren dadurch, daß beim Abſtande des Klägers die Wirkung ohne Urtheil hinlänglich beſtimmt iſt, ja durch ein Urtheil nicht deutlicher beſtimmt werden könnte, als es das Geſetz ſchon gethan hat. Außerdem aber wird die Sache, ſowohl beim Abſtande des Klägers als dem Nachgeben des Beklagten dadurch, auch ohne Urtheil, hinlänglich beſtimmt, daß der Verzicht als eine Art des Contracts behandelt iſt, und deshalb ſchriftlich abgefaßt werden muß [44]).

---

41) Code de procedure civile. Art. 403. Eine Entſagung auf das Klagerecht iſt alſo nicht die Wirkung, wie Lepage Questions Liv. II. T. 22. q. 2. pag. 261. behauptet.

42) Code Civ. Art. 464. 1211.

43) C. v. Dalwigk Handb. des franzöſ. Civilproc. B. I. §. 216.

44) Code civ. Art. 2044. Das Nachgeben braucht übrigens nicht, wie das Abſtehen von Seiten des Klägers, angenommen zu werden. Der Beklagte hat andere Mittel, nämlich

Für eine neue, im Wesentlichen auf die Grundsätze des gemeinen Deutschen Processes gebaute, Civilproceßgesetzgebung, würde ich folgende Bestimmungen vorschlagen:

Art. 1.

Die rechtliche Möglichkeit und Verbindlichkeit des Verzichts auf einen ganzen Rechtsstreit, oder einzelne Abschnitte oder Handlungen desselben, wird im Allgemeinen nach den, über den Verzicht geltenden, Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beurtheilt.

Art. 2.

Wenn der Kläger oder Beklagte im Fortgange des Rechtsstreits vor ergangenem Definitivurtheile entsagt, so wird auf Betreiben eines Theils in der Sache, auf den Grund des erfolgten Verzichts, entschieden.

Dasselbe tritt ein, wenn ein Theil von dem bisherigen Streite zwar absteht, sein Recht aber in einem neuen Processe gegen seinen bisherigen Gegner verfolgen will [45]). Die neue Klage findet alsdann nur in so fern Statt, als derselben das vorgenannte erfolgte Urtheil nicht entgegen steht.

Art. 3.

Rücksichtlich der Rechtsmittel ist vor erfolgter Entscheidung nur auf die ordentlichen Rechtsmittel gegen das Definitivurtheil ein Verzicht bindend; also nicht auch ein Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel gegen andere richterliche Verfügungen, oder auf außerordentliche Rechtsmittel (Beschwerde über unheilbare Nichtigkeit, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

Zahlungsanerbietung, um von der Klage los zu kommen. Code de proced. civ. Art. 812. seq. Code civ. Art. 1257. seq.

45) Badenscher Entw. §. 346.

Art. 4.

Nach ergangener richterlicher Verfügung kann auf jedes, gegen dieſe zuſtändige, Rechtsmittel verzichtet werden [46]).

Art. 5.

Ein allgemein gefaßter Verzicht wird vor ergriffenem Rechtsmittel von allen ordentlichen Rechtsmitteln, ſo weit auf dieſe vor erfolgter Definitiventſcheidung verzichtet werden kann (Art. 3.), verſtanden, nach ergriffenem Rechtsmittel aber nur von dieſem.

Art. 6.

Sind die Rechtsmittel namentlich angegeben, ſo wird der Verzicht von dieſen allein verſtanden. Es kann aber niemals aus dem Verzichte auf ein beſtimmtes Rechtsmittel auch der Verzicht auf ein anderes, alſo insbeſondere nicht aus dem Verzichte auf die eigene Appellation ein Verzicht auf die Adhäſion abgeleitet werden.

Art. 7.

Der Verzicht bringt nur unter den Partheien Rechte hervor, und hindert deshalb den Verzichtenden nicht, ſeine Rechtszuſtändigkeiten gegen den Richter, Sachführer, oder andere Perſonen, zu welchen ihn die Streitſache, auf welche er dem Gegner gegenüber entſagte, veranlaßte, zu verfolgen. Eben ſo wenig werden aber auch Streitgenoſſen durch den Verzicht ihres Conſorten, der Appellat rückſichtlich der aus der ſchon entſtandenen Adhäſionsbefugniß abzuleitenden Rechte, durch den Verzicht des Appellanten [47]), oder andere zur

46) Badenſcher Entw. §. 392. „Die Befolgung einer proceßleitenden richterlichen Verfügung ohne Einſprache der Partei, gilt nicht für Verzicht auf das Rechtsmittel gegen dieſe Verfügung".

47) Badenſche Entwurf der Proc. Ord. v. 1830. §. 1217. „Die Beſchwerde- (Adhäſions-) Befugniß des Appellaten fällt weg, wenn der Appellant auf die Appellation wieder verzichtet hat, ehe der Appellat ſich mittels Aufſtellung ſeiner Beſchwerdrn wirklich angeſchloſſen hat". Vergl. §. 1194. und den Baierſchen Entw. §. 514. Bremer G. O. §. 503.

Theilnahme oder Fortsetzung des Rechtsmittels berechtigte Personen, durch den gegentheiligen Verzicht in ihrem Rechte beschränkt.

Art. 8.

Daraus, daß eine Parthei, nach eingelegtem Devolutivrechtsmittel, an den Unterrichter Anträge stellt, wofür dieser nur, wenn seine Gerichtsbarkeit nicht suspendirt wäre, zuständig seyn würde, ist ein stillschweigender Verzicht nur dann abzuleiten, wenn jene Anträge eine freiwillige Befolgung der angegriffenen Verfügung selbst, enthalten. Jedoch ist auch in diesem Falle, und überhaupt aus den schlüssigsten Handlungen, ein Verzicht nicht zu folgern, wenn die handelnde Parthei gegen eine solche Folgerung ausdrücklich protestirt.

Art. 8.

Der Verzicht hat, außer der auf den Verlust des Rechts Bezug habenden Wirkung (Art. 1.), noch die Folge, daß der Verzichtende der Gegenparthei zur Erstattung derjenigen Proceßkosten verpflichtet ist, welche dadurch entstanden sind, daß über das Recht, worauf verzichtet worden ist, verfahren werden mußte, und insoweit dieses der Fall ist.

Art. 10.

Der Verzicht auf ein Rechtsmittel hat für die Sache außerdem die Wirkung, daß der Verzichtende mit Hülfe dieses Rechtsmittels eine wiederholte Prüfung der betreffenden Verfügung nicht bewirken kann [48]).

Art. 11.

Ueber die Wirkung des Verzichts entscheidet der über die Zulässigkeit des Rechtsmittels urtheilende Richter.

Art. 12.

In Bezug auf die Zuständigkeit der Gerichte für die Hauptsache, also insbesondere auch auf die Dauer des De-

---

48) Badenscher Entw. §. 388. „Die Rechtskraft des Urtheils nimmt ihren Anfang von der Zeit an, wo auf das ergriffene Rechtsmittel verzichtet worden ist".

volutiveffects, hat der Verzicht auf ein Rechtsmittel gleiche Wirkung als die Deſertion.

Die Motive für die hier vorgeſchlagenen Beſtimmungen, liegen größtentheils in der obigen Ausführung. Durch die Bezugnahme im Art. 1. auf die Grundſätze des bürgerlichen Rechts wurde es unnöthig, die Wirkungen des Verzichts im Art. 2. und 9. beſtimmter, als es geſchehen iſt, anzugeben. Der Umfang des Verzichts ſelbſt muß darauf führen, und der anwendende Richter wird, im Falle er ſich darüber auszuſprechen hat, mit Hülfe der Grundſätze über den Verzicht aus der Theorie des Civilrechts, viel leichter eine ſachgemäße Entſcheidung geben können, als wenn man ihn blos auf das Princip hingewieſen hätte: der Entſagende müſſe ſo behandelt werden, als wenn er durch ein rechtskräftiges Urtheil im Proceſſe unterlegen wäre [49]). Denn wie ein rechtskräftiges Urtheil, das gar nicht exiſtirt, und nur kraft Geſetzes als exiſtirend fingirt wird, dem Richter und den Intereſſenten als Norm dienen kann, iſt ſchwer zu begreifen. Soll aber der Richter das fingirte Urtheil hinterher verwirklichen, ſo müſſen ihm für dieſe Operation die Momente angegeben werden, und gerade dieſes iſt, wie es mir ſcheint, in meinem Vorſchlage zureichend geſchehen.

Die Beſtimmungen des Art. 3. insbeſondere haben freilich ſehr ihre zwei Seiten; allein mir ſcheint es, daß die Fälle, wofür außerordentliche Rechtsmittel gegeben ſind, auch ſo außerordentlich drückend ſeyn können, daß ſich vernünftiger Weiſe gar nicht annehmen läßt, eine Parthei habe, wenn ſie nur irgend den Eintritt eines ſolchen Falles ſich gedacht, auf die außerordentliche Hülfe verzichtet. Zudem liegt es im Weſen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand,

---

49) Wie es im Baierſchen und Badenſchen Entwurfe geſchehen iſt.

daß ein vor Eintritt des Falles erklärter Verzicht wirkungslos gemacht werden kann, weil immer noch die Restitution gegen den Verzicht auf das Restitutionsmittel übrig bleibt, auf welchen ein Verzicht ein wahres juristisches Unding seyn würde.

Insofern der Art. 3. den Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel gegen alle richterliche Verfügungen, die nicht Definitivurtheile sind, für wirkunglos erklärt, könnte es scheinen, daß eine solche Bestimmung für ein Proceßgesetzbuch nicht anwendbar sey, welches den Grundsatz befolgt, daß gegen eine Reihe von richterlichen Verfügungen der Recurs erst mit der Berufung von dem Endurtheile verfolgt werden darf; weil, wenn hier auf die Appellation gegen das Endurtheil verzichtet wäre, es dadurch unmöglich würde, den Recurs gegen die, nur bei Gelegenheit der Appellation vom Endurtheil anzubringenden Beschwerden zu verfolgen. Allein diese Schwierigkeit läßt sich dadurch beseitigen, wenn man für solche Fälle den generellen Grundsatz aufstellt: daß in allen Fällen, wo ein Recurs erst mit der nächsten Berufung von dem Endurtheile geltend gemacht werden dürfe, als selbstständiger Recurs behandelt werden solle, wenn gegen das Endurtheil eine Berufung nicht Statt findet, einen Grundsatz, den man für einzelne Fälle auch schon befolgt hat, z. B. im Bayerschen Entwurf v. 1827. §. 542.

Ueberhaupt verdient ein Verzicht auf Rechtsmittel vor erfolgter Entscheidung keine Begünstigung. Der Verzichtende handelt meistens unüberlegt, läßt sich durch voreiliges Vertrauen verleiten, und es werden hinterher über die Verbindlichkeit des Verzichts Processe entstehen, welche die Gerichte und Partheien weit mehr belästigen, als die Durchführung des Hauptprocesses durch alle Instanzen. Wenn auch in jedem Verzichte ein Mittel zur Abkürzung, oder schnellern Beendigung des gerichtlichen Verfahrens liegt, so dürfte es sich doch niemals rechtfertigen lassen, auf solche Abkürzungsmittel irgend ein Gewicht zu legen. Auf der andern Seite ist aber auch nicht zu übersehen, daß in der Zulässigkeit des Verzichts

auf schon eingelegte Rechtsmittel ein gefährliches Mittel liegt, den Proceß in die Länge zu ziehen, besonders bei Appellationen von Beiurtheilen, weil, wenn es einer Parthei darum zu thun ist, das Verfahren auf der langen Bahn herumzuführen, sie nur gegen jedes Decret ein Rechtsmittel einzulegen, und demnächst wieder darauf zu verzichten braucht, um durch die Appellationsinsinuation Zeit zu gewinnen, und durch die Renunciation sich der Gefahr, die Appellationskosten und Frivolitätsstrafen bezahlen zu müssen, zu entziehen. Diesem Nachtheil läßt sich gleichwohl in einer neuen Gesetzgebung durch eine zweckmäßige Anordnung des Verfahrens über Appellationen gegen Beiurtheile vorbeugen; was aber hier nicht weiter ausgeführt werden kann.

IX.

Beiträge zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Vom

Herrn Regierungsrathe Heerwart in Eisenach. *)

Seit ich im 7. Bande dieser Zeitschrift meine Ansicht über die Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrags dem juristischen Publicum darlegte, sind über diese Lehre zwei Schriften erschienen:

Jul. Volkmann de exc. non adimpleti contractus. Lips. 1829.

A. Lange über die Einrede des nicht erfüllten Contracts. Regensb. 1829.

*) Als Nachtrag zu dem Aufsatze Nro. 18. in diesem Archiv VII. Bd.